

翻 訳

中国刑法の基本原理とその諸問題

蔡 柱 國

はしがき

本稿は1989年北京の「中国法学」（総第29期）に掲載された陳興良氏の論文：「論我国刑法的發展完善」，サブタイトル：「關於罪刑法定，罪刑相應原則的思考」を翻訳したものである。

著者は刑法の基本原則である罪刑の法定，罪刑の相應等の立場から，関連する諸問題を探究し，上篇において，刑法典の内容が社会生活の需要においつかない時は，刑法を改正したり，単行法の公布施行によって問題を解決すべきであって，もっぱら類推に頼って法的安定性を保つものではない，ことに類推の立法化は廃止すべきであると，罪刑法定主義の堅持を打ち出している。

下篇において，罪刑の相應（均衡）と刑罰の目的の間に矛盾が存在しているが，罪刑の相應は刑罰の目的の上位概念にするべきであり，又立法の側面においては，法律の競合，法律の調和と区別の対応等に対し，司法の側面においては，量刑と刑罰の適用等に関し，それぞれの問題を提起し，解決の方法を挙げている。

従来 of 中国の法学界は政治体制の関係で，頗る保守的な傾向にあると知られているが，しかし著者は控え目の言葉を用いつつ，前向きに個々の角度から現存の諸問題をはっきりと指摘し，さらに建設的見解と解決方策を提言している。これらの問題は刑法のもっとも基本的な原則に過ぎないが，しかし

又すべて基本人權に関する原理であり，刑法の重要な礎石であることは間違いない。私達に再三深く思索させられる所が多多あると思う。

訳文の中の原文の注釈に対し，通しの番号を用い，（ ）の印で表示した。訳者が付け加えた注釈は〔 〕の印で表示し，まとめて原注の後に付けた。さらに文中の各所に思想的，政治的用語又は言葉等の引用があるが，すべて著者原文のままを翻訳した。しかし原文の中にある「我国」という言葉の表現は「中国」と訳したので，併わせて付記して置きます。

目 次

上 篇

一，罪刑の法定と法律の類推

二，罪刑の法定と刑事立法

（一）刑法の完備の問題

（二）刑法の疎密の問題

（三）類推立法の問題

三，罪刑の法定と刑事司法

（一）法律解釈の問題

（二）類推適用の問題

下 篇

一，罪刑の相応と刑罰の目的

二，罪刑の相応と刑事立法

（一）法律競合の問題

（二）法律調和の問題

（三）区別対応の問題

三，罪刑相応と刑事司法

（一）量刑の適切の問題

（二）刑罰適用の問題

中国の刑法は1977年に公布されてから、すでに10年の歳月が経ちました。体制改革の進展に伴い、社会生活（政治・経済の各側面を含む）が、大きな変化をもたらし、現行刑法は既に社会生活の需要を十分に適応出来なくなったのである。この問題は益々一般の人々に認識される様になったばかりでなく、立法機関も刑法の改正作業の準備にとりかかっているところである。この様な情況下において、刑法の発展と完備の問題を探究することは、刑法学徒のもつべき責務であるといえよう。だが本稿はただ刑法の基本原則の角度から、中国刑法の発展と完備の問題について、若干の見解をとりあげるに留まるが、刑法学界の諸先輩からのご教示を賜わり下されば、幸甚に思う。

上 篇

罪刑の法定は中国刑法の基本原則の一つであり、罪刑の法定の内包と外延、沿革と発展の問題について、学界が既に深く研究しているので、本稿で研究したい問題は、如何に罪刑法定の基本原則の立場から、中国刑法の発展化と完備化を促進することである。次はこれらの問題に対する私の初歩的見解である。

一、罪刑の法定と法律の類推

類推は中国において既に永い歴史をもち、中国古代の社会本位の価値観は、個人本位の価値観を基礎とする罪刑法定主義が、中国の法文化の中に成立すべく意味をしがたくした決定的要因になった、と共に社会本位の価値観の法律形式であり、且つ根深い思想的基礎を具えていた類推を具体化したのである。罪刑の法定と類推の矛盾は、刑法の保障的機能と保護的機能の矛盾ばかりでなく、しかも欧米法律文化と中国伝統的法律文化の矛盾である。

中国は清朝末期に罪刑法定主義の思想が伝わられ、著名な法学者沈家本^{〔一〕}は中国において初めて、この思想を受け入れた者である。沈家本は清律の「罪を裁く時に法律に正文がない時は、類似の条文を用いて類推適用すべし」（断罪無正条 用比附加減之律）の規定を反対し、そして彼の主宰下で制定

した「大清新刑律」には中国刑法史上、初めて罪刑法定主義を採り入れた。その後の中国の半植民地、半封建的刑事立法は、形式上は罪刑法定主義を唱えられているが、しかし事実上は法によらない制裁が絶えていない、その悪劣さは類推を法律によって明文化したことより甚だしいのである。^{〔二〕} 新中国の成立後、長期間にわたって刑法典を制定しなかったため、罪刑法定主義は全ったく觸られるに及ばなかった。初めて刑法典を公布^{〔三〕}した後も、罪刑法定主義を中国刑法の基本原則として、採り入れるか否かについて、極めて激しい論争が繰り広げられた一幕があった程である。差し当りこの論争は一応平靜を取りもどしたが、しかしこの思想原理の問題は、今だ徹底的に解決されていないままである。中国の法学者が罪刑法定主義と類推を議論する時に、よく「法は限りがあるが、感情は無窮である」（法有限、情無窮）の言葉をもって、類推の必要性和罪刑法定主義の可能性を否定する論議を唱える。私達はこのような考え方の背後に、明かに一つの誤った観念、即ち「いかなる行為も犯罪を構成する可能性があり、すべて刑罰でもって調整する必要がある」という考え方が存在している。ところで事実上刑法は全社会すべての人間の行為を管理するためのものではない、それは国家の立法者に犯罪と認められ、刑罰を受けるべきと認められた行為だけを管理するものである。人間の日常行為は刑法があらかじめ定めた犯罪に觸れなければ、如何なる刑事問題にも構成しない筈である。^{〔一〕} 従って私達は刑法の特点是、刑罰の手段の運用によって、ある社会関係を調整するものであるが、それは統治者（原文は統治階級）がその政治的、経済的統治行為を維持するための最終的法律防衛線であると同時に、又一人の人間の生殺与奪に関する重大問題でもある。言い換えると、統治者はやむを得ない時に始めて刑罰の手段を用いるのである。このような意味で、刑罰は謙抑主義を採る必要があるだろう。しかし中国は長期間にわたる封建社会の法律伝統が、刑罰でもってすべての社会関係を調整する法律手段を用いることになっていたため、類推を成文法の不足を補うことを採り入れていた。このような刑法万能観念は、私達から見ると中国社会主义の本質となじまないものであり、癉止すべきであると云わざるを得ない。

事実上、刑法の調整しえる範囲は限られているので、罪刑法定主義でもってそれに制約を加える必要がある。類推は刑法の規定が完備でない時に限って、その存在の余地があるに過ぎないのである。又例えば現行法が定めた類推の状況下においても、類推の適用は厳格に制限を加えるべきである。しかし、現在の中国刑法の理論は無制限に拡大的に類推を適用する傾向が存在している、もとよりこれは独特な歴史背景によるものであろう。近年来は体制の変革と発展にともない、たとえば个体生産^{〔四〕}を侵害した行為等を如何にその性質を定めるかの問題について、刑法に明文の規定が欠けているので、類推を適用して犯罪を裁く方法が提起されている。私達は刑法が社会生活に立ち後れている場合は、刑法を改正したり、又は単行法を制定（公布）する方式でもって、法律と社会間の矛盾を解決するべきであって、類推で法的安定性を維持するものではないと考える。しからざれば法的安定性が保たれても、抑制されていない類推は法律の厳肅性を破壊し盡くす恐れがあるので、このような状況下の法的安定性は、一体如何なる価値があると言えるだろうか、つまり私達は罪刑法定主義と類推の関係を正しく認識すべきであり、類推の適用で罪刑法定主義を破壊してはならないと主張したい。

二、罪刑法定と刑事立法

罪刑法定主義は、先ず一つの立法上の問題であり、中国刑法は具体的に罪刑の法定の原則を表現しているけれども、しかし類推制度の規定以外に、幾つかのところで、さらに罪刑法定の原理にもとづき、より一層完備と発展を図らなければならない。

（一）刑法の完備の問題。中国の現行刑法は完備に達していないことは、紛れもない事実である。しかしこの不完備性を如何に見るかについては、未だ様々な異なった認識が存在している。一部の識者は永遠に完備性をもつ刑法典は不可能であり、刑法のこのような相対完備性が、類推制度の不可避性を物語っている、類推の適用はこの相対性を克服するためであると主張する。⁽²⁾ 私達も刑法の相対完備性を認めることは正しいと思うが、しかし刑法の相対

完備性は現実に発生する犯罪情況と共に発展するもので、決して刑法の完備性は相対的であるから、刑法の完備性の追及を放棄し、永遠に類推に頼るものでないと思う。差し当り中国刑法の不完備性は明かな事実であり、そこで近年来、多くの方々から一系列の立法の提議が取り上げられ、新たに補充する罪名に関わるものは数十種に及んでいる。例えば姦通罪、浪費罪、環境破壊罪、重大医療事故罪、営利誘拐罪、横領罪、交通機関の強奪罪、銃砲弾薬強奪罪、売春罪、改造拒否罪等、^{〔五〕}これらの犯罪は現実生活の中で時々起るものであり、殆んど直ちに刑法の中に補充することが出来るばかりである、類推の適用によって補う必要がないであろう。従って私達は罪刑法定主義の要請にもとづき、絶え間なく刑法に補充規定を行ない、社会生活の需要に応えなければならないのである。

(二) 刑法の疎密の問題。中国刑法の条文の簡約さは、一般に認められている事実である。条文の数から見ても、世界各国の刑法典の中ではもっとも少ない部類に属すると言える、条文は僅か192条に過ぎない、外国の刑法典の中で条文の多い例は例えば印度は551条、比較的少ないのはモンゴルの刑法も225条がある、中国の第一部刑法典は刑事立法の経験に乏しいため、十分詳細なものが出来なかったことは、理解出来ることである。しかし中国刑事立法にはもっぱら「簡明要約」に満足している傾向が存在している、甚だしくに至っては、条文の簡略のことを、中国刑法の一大特色であると自慢する者があるがこれは頗る憂慮に値する問題である。立法者は幾千幾万の事件の事実から、あらゆる事件に適用する抽象的法律原則を定めるので、それは高度な概括性を具えている。しかし法律を制定するに当り、明確性を具えるべきことも又罪刑法定主義の基本的要求である。明確性(difiniteness)を罪刑法定主義の派生原則にしたことは、アメリカの刑法学者が20世紀初葉に提出されたものであり、これは又明確でなければ無効の理論(Void-for-vagueness doctrine)とも呼ばれる。明確性原則によると、犯罪と刑罰は法律にもとづくが、しかし若しその内容が明確でなければ、刑罰権の濫用を防ぐことが出来ないばかりでなく、罪刑法定主義によって市民の自由を保障する目的

も実現出来なくなる。従って刑法規範は明確でなければならない、不明確な刑法規範は憲法違反で無効と看做すべきである。明確性を罪刑法定主義の派生原則とすることは、本来これは罪刑法定主義原理の中にもつべき意味である。当然私達は明確性を絶対化すべきでない、社会生活に適応するため、いくつかの概括性規定をを設けたり、空白罪状等^{〔六〕}の立法技術を採用入れたり、よって刑法の適時性や超前性を強化することは、罪刑法定原理に反すると解すべきでないと考える。問題は目下の中国刑法は繁雑を避けるため、簡明の追及に片寄り過ぎて、結局は簡約であるが、明瞭でないことになっている。例えば中国刑法の至る所に「事情が嚴重」（原文は「情節嚴重」）とゆう用語を見かけるが、その内包と外延は共に極めてあいまいであり、それは有罪と無罪の区別の境界線であって、又犯罪の輕重の区別の境界線にもなる、一体その内在の意味はなんであるか、それはもっぱら司法実務家の理解にたよるのみであり、一般市民の関知出来るものではない。その様な意味で、私達は外面的な特徴が、伝統的刑事犯罪ほど明確でない犯罪に関する法律を制定するにあたって、簡単な罪状の方式を採らないで、むしろ罪状を叙述する方式を採用し、即ち出来ることだけ詳しくその構成の特徴を叙述する方式を採用することを提言したい。立法技術については、分り易くするために、列挙方式を採用することを主張したい、これも又罪刑法定主義の必然的要請であろう。

（三）類推の立法問題。類推立法とは、刑法各則によって明文で定められていない犯罪を、その他の法律の規定を通じて、もっとも類似の条文の規定に照らし、犯罪を判定し、刑罰を加えることを指す。例えば特許法の第63条の規定により、他人の特許を盗用（原文は假冒）し、事情が嚴重の場合は、その直接の責任者に対し、刑法127条の規定に照らし、その刑事責任を追及することになっている、ところで刑法127条の規定は商標の盗用罪である。近年来類推立法は既に中国法になっている、ことに若干の経済法、行政法が定めた種々な新しい犯罪が廣く採り入れた方式等がそれである。陳丕顯氏が第6回全国人民代表大会第二次會議の席上に、全人代常委会^{〔七〕}の代表として業務報告した時に、「経済法、行政法の中に中に刑事責任を追及すること

に関し、常委会が審議している時に……刑法に明確な刑罰を定めていないものは、出来る限り刑法の中のもっとも類似の条文に照らし、その刑事責任を追及する」と述べていた。しかし一体「類推立法」の効果はどうであるかのことは、私達の研究に値いする問題であると考ええる。若干の「類推立法」は刑法典の調和性と統一性を破壊し、結局は法があっても適用し難い局面を引き起している、例えば刑法第187条の職務等閑罪（原文、玩忽職守罪）は過失犯に属するものであるが、しかし全人代常務会が1982年に公布した「嚴重な經濟破壞犯罪を嚴罰するに関する決定」、と若干の行政と經濟法規の中には、国家公務員のいくつかの職務上の危害行為は、刑法187条により（又は照らし）処分すると定めている。これらの危害行為の中には、主観的故意をもつものがある、例えば森林法第35条は、「本法の規定に反し、承認を受けた伐採限度額を越えた材木伐採許可書を発行したり、又は職権を越えて材木伐採許可書を発行し、……事情が嚴重で、森林に嚴重な破壊をならしめた場合は、直接の責任者に対し、刑法第 187条の規定により、その刑事責任を追及する」と定めている、一部の方は職務等閑罪は主観上から、間接的故意構成の論点を展開することが出来ると提起している。⁽³⁾（しかし）私達は職務等閑罪の犯罪形式は、過失犯しか成立しないことは疑いない事実であると考ええる。若しも故意犯も含むことであれば、過失犯と故意犯が同一の法定刑を適用する理由何んであるか、これは明かに自我の論理をこじつけ難い問題であろう。重要なポイントは如何に法律上のこれらの規定を解釈するかの所にある、私は法律上この所謂類推立法は、妥当性を欠けていると思う、罪刑法定主義の原理によると、個々の犯罪はすべてそれぞれに相應する法定刑を備えている筈である、これは刑事立法上の一般常識になっていることである、司法上の類推は法律に明文の規定が欠けているので、止むを得なくもっとも類似の条文に照らして、犯罪を判定し、刑罰を加えるのである。しかし立法において、立法者は新しい罪名を創設し、且つ相應の法定刑を定める完全な権限をもっているのに、何故所謂類推を適用する必要があるのか。私達から見ると、類推立法を採り入れた理由は、立法者が主観的に經濟、行政法規に

において刑事罰（新し罪名の創立と相応の法定刑を定めることを含）を制定することが出来るか否かの問題を十分解決していないことと関係があると考えられる。立法者は當然憲法が与えた権限内において、経済、行政法規に刑事罰則を制定することが出来る、そして類推の立法制度は廃止すべきであり、それは罪刑法定の原理に反し、又中国刑事立法の発展と完備にも不利であるからだ。

三、罪刑の法定と刑事司法

刑法公布してから、中国の司法機関は良く罪刑法定の原理にもとづき、嚴格に法律を適用して来た、しかし又幾つかさらに発展、完備しなければならない問題が残されている。

（一）法律解釈の問題。既に前に述べた様に、条文が簡単に要約されていることは、中国刑法の一大特色であるが、しかし刑法典が簡約し過ぎるために、司法実務にある程度の困難をもたらしたことも事実である。立法者は其の他多くな法律の制定のために多忙し、立法解釈を顧みる暇も無く、そこで司法解釈が立法と司法の疎通の橋渡になったのである。近年来最高人民法院と最高人民検察院が、それぞれ裁判業務と検察業務の中から、具体的に刑事法を応用した問題について、多くな解釈を行なった、これらの解釈は司法機関見解の統一化、事件処理の強化、並びに検察と裁判業務のクオリティとクオンティティの向上にも、十分に有力な指導的作用になった。しかし忌憚なく言いますと、この個別的司法解釈はその権限を超越し、罪刑法定原則に違反しているに思う。例えば最高人民法院と最高検察院が1986年6月21日に公布した「刑法第114条に定めた犯罪主体の適用範囲に関する通知」は、刑法第114条が定めた重大な責任事故罪の犯罪主体を従来の工場、礦山、造林地、建築業或はその他の企業、事業機関の職員労働者（特殊主体）から、大衆共同経営の事業、又は個人経営企業の従業員（一般主体）まで含む様に拡張解釈した。私達はこの司法解釈の主旨は正しいと思うが、しかしそれは司法解釈の権限を越えていると考える。司法解釈は罪刑法定主義の原則を厳しく守

らなければならない、それは檢察業務と裁判業務に関する問題しか解釈をすることが出来ない筈である。

(二) 類推適用の問題。罪刑法定主義の原則は司法機關に法律に定められた犯罪に対し、法により嚴格にその刑事責任を追及することを要請する。法律に規定されていないが、しかし社会に対する危害性が、確かに刑事責任を追及すべき程度に達している行為も、法によって類推を適用し、犯罪を裁くべきである。ところで司法實務において、如何に正しく類推を適用することは、研究に値する課題である。私達はこの問題について、二つの誤った傾向を正さなければならないと考える。先ず第一は類推すべきものに類推を適用しないこと。例えば1985年7月18日最高人民法院が刊行した軍人婚姻破壊罪に関する四つの事案中の「趙松祥の軍人婚姻破壊案」について、最高人民法院第227回裁判委員會が当事案を討議した時に、「被告人趙松祥は馬玉蘭が現役軍人の配偶者であることを知りながら、長期間にわたってそれと姦通し、軍人の婚姻、家庭を破壊し、軍人の夫妻關係の破裂の最悪の結果を招いたことは、すでに軍人婚姻破壊罪を構成した。今までの裁判實務の中でこの様な事件に対し、刑法181条を適用出来るか否か、理論的に不明確な所があったが、当時に有罪判決をしていないものは、現在も新たにその刑事責任を追及する必要がないが、今後軍人婚姻破壊事案を取り扱う時に、類似の情況に出会った場合は、刑法第181条の規定によって判決すべき」と指摘している。

私達は181条に定めた同居^{〔八〕}と姦通は異なったものであり、同居とは一定期間内に同棲し、且つ共同生活していること、ある一定の公開性を帯びているが、姦通は一定期間内不法に婚外の兩性關係を保つこと、これはある隱蔽性を具えている。従って長期的姦通關係によって、軍人の婚姻を破壊した結果を招いたことを、直接刑法第181条の規定によって断罪することは、妥当性を欠くに思う。この様な犯罪態様は、單に刑法79条により類推を適用するしか出来ないと考える、曾ってにもこの様な事案の類推適用があった。しかしかの司法解釈の公布によって、類推によるべき事案を類推によらず、直接刑法各則にもっとも類似の条文によって判決を下すことは、刑法の規定に反

するものである。第二は類推によるべきでないものに類推を適用したこと。例えば嚴根成とゆう者が狂犬に咬まれた食用の豚を販売した事案について、某初級検察院は1985年4月20日に、嚴根成を偽薬販売罪によって起訴した、5月23日初級人民法院が審理を経て、被告人嚴根成を公共安全危害罪違反と判定し、有期懲役4年の刑罰を言渡した。被告人不服のため、中級人民法院に上訴し、1985年3月30日中級人民法院は一部の事実が明かでない、と証拠不十分とゆう理由により、一審判決を破棄し、原人民法院に差し戻した、1985年4月19日元人民法院が被告人の犯行を再審した上、刑法第79条の規定により、刑法第178条に照り合わせて、国境衛生檢疫規定違反罪を類推適用し、被告人に2年の有期懲役の判決を下し、併せて最高人民法院に類推適用の許可を受けるために報告し、同年7月15日に最高人民法院より同事案の類推適用の許可が下され、被告人嚴根成に対する衛生防疫規定違反罪、有期懲役2年の判決が成立したのである。私達は被告人嚴根成が狂犬に咬まれた豚を、市販してはならないことを知りながら、ひそかにそれを販売し、ついに23万元の高温無害有毒費の損害の結果を招き、その性質はその他の危険方法によって公共安全を危害する行為に当り、これはその他病毒を帯びる肉類を販売し、公共の安全を危害する行為と同じである、従って一審法院の原判決は決し間違っているのではないと考える。逆に類推を適用し、刑法178条の国境衛生檢疫規定違反罪に基づいて判決を下した方が、検討に値する様に思われる。何故ならば、国境衛生檢疫規定違反罪の客体は、国境衛生檢疫制度であるが、嚴根成の犯罪行為は食品衛生檢疫制度の違反であり、ここで客体の類推をすることは類推の一般原理に反するものである。もっとも重要なことは、被告人の行為の社会危害性は、主に不特定多数人の生命健康に対する危害行為に表われている、公共安全を危害する犯罪に属する、これは刑法が既に明文によって定めているものである。従って刑79条の違反（適用）は、刑法に明文の規定がなく、類推を適用する時だけであると考ええる。

下 篇

罪刑相応が中国刑法の基本原則であることは、中国刑法学界の通説になっている、しかし刑法理論において、如何に科学的にこの原則を理解すること、又刑事立法と刑事司法において、如何にそれを貫ぬくかについて、なお幾つか研究に値する問題が存在している、これらの問題を解決することも、又中国刑法の発展化と完備化するために重要な意味をもつものである。

一、罪刑相応と刑罰の目的

中国の伝統的法律文化の中に、応報の思想が十分重要的地位を占め、人を殺した者は死刑に処する、人を傷つけた者は刑罰を加える（殺人者死、傷人者刑）、これは刑法の法則になってるのである、中国は秦の時代（B.C. 221～201）に刑でもって刑を無くす（以刑去刑）^{〔九〕}の考え方が唱えられたが、しかし統治者の立場からはやはり「人を殺した者は命で償え」式の応報観念が主流の様である。このような伝統的法律文化に影響されて、私達が罪刑相応に対する理解は、よく「重い罪に重い判決を、軽い罪に軽い判決を」の解釈に拘わりがち、甚しくに至ってはマルクスの早期の論著等を根拠に引用している。例えばマルクスが：「犯罪が処罰されるべき限界は、当然その行為の限界である。違法の特定の内容は特定犯罪行為の限界であり、従ってこの特定内容を量る基準も、又犯罪行為を量る基準である」^{〔五〕}の言葉。しかし本当はマルクスのこの思想は、ヘイゲルの応報主義の影響を受け、ヘイゲルの刑法思想の思弁哲学を借りた表現であると指摘するべきであろう。その後マルクスがヘイゲルの応報主義の思想を清算した時に：「この様に刑罰を犯罪者個人の意志の結果であると見る理論は、単なる古代の応報刑、例えば『目は目で、歯は歯で、血は血で』式の思弁哲学に過ぎない」と述べている。^{〔六〕}

このような罪刑相応原則に対する片寄った見解によって、今日の刑法学体系に一つの解決し難い矛盾を形成している、即ち犯罪論においては罪刑相応を強調し、刑罰は既に犯した犯罪によって決めると主張する。刑罰論において

は、刑罰の目的を強調し、刑罰は未然の犯罪によって決めると主張する、この様に罪刑相応と刑罰の目的の間に矛盾を引き起している。このような理由により、一部の人は罪刑相応は果して中国刑法の基本原則であるか否かに疑問を抱き、しかも刑罰個別化原則と罪刑相応原則の並列によって、罪刑相応と刑罰の目的二者間の矛盾を解決することを提案している。私達は刑罰の個別化は量刑の時に考慮すべて犯罪者の個別事情（即ち再犯可能性の内容、これは刑罰の目的の一つである特別予防である）だけを含む、そして犯罪者以外その他の社会的素因、例えば社会の事情、大衆の憤り等（これは刑罰目的の二、即ち一般予防である）を全然考慮しないので、完璧な論理ではない、根本から罪刑相応と刑罰の目的の矛盾を解決したと言えない。ましてこの方がたは刑罰個別化を罪刑相応と対立したものとして扱い、罪刑相応原則を堅持した前提下で、刑罰の個別化を唱えているのである。

私達は罪刑相応は、一方では刑罰は既に起きた犯罪の社会危害程度と相応することを指す、と同時に他方それは刑罰と未然の犯罪の可能性の程度と相応することを指す。ここでいう未然の犯罪の可能性は再犯可能性を含む（換言すると犯罪者本人の再犯可能性と初犯可能性を指す）。この様に罪刑相応を理解すると、応報と功利の二面の素因をすべて考慮することになり、刑罰個別化のことも含むため、比較的完美になろう。ここで新たに罪刑相応と刑罰の目的の関係を見ると、私達は二者は並列したものでなければ、対立したものでもない、罪刑相応は刑罰の目的の上位概念であり、刑罰の目的は罪刑相応に具えるべき内容であると考ええる。

二、罪刑相応と刑事立法

否定することもないが、中国刑法には具体的に罪刑相応の原則を表現しているが、しかし厳格に罪刑相応の原則によって考量すると、確かに罪刑相応の原則に反するものが存在していることを見かける、したがって今後刑事立法の発展と完備を進めるに当り、十分重要的な課題の一は、罪刑相応の刑事法体系の確立であろう。

(一) 法律競合の問題。中国刑法各則において、刑法は様々な異なった社会関係に対す保護を具体的に表現するため、よく法律競合の立法方式を採用している、即ち一つの行為が二つの社会関係を侵害し、二つの法律条文の規定に觸れ、この二つの法律条文の内容が重複又は交叉関係を具えている。この様な情況下において、法律の規定によるとその中の一つの条文しか適用出来ないで、もう一つの条文の適用を排斥するのである。例えば刑法の規定により、偽薬の製造、販売罪は、国家の工商業の管理秩序を侵害したばかりではなく、しかも国家の薬品の管理秩序を侵害している、立法者が偽薬の製造、販売を独立の犯罪と定めた目的重点は薬品の管理秩序を保護するところであり、投機取引罪（原文、投機倒把罪）に対し、これは特別法であり、投機取引罪は普通法である。行為者が偽薬を製造、販売する場合は、一つの行為が同時に二つの条文に觸れ、法律の競合を形成しているが、特別法が普通法に優越する原則により、偽薬の製造、販売罪を構成するのである。しかし刑法の規定によると、「投機取引罪」の最高法定刑は10年の懲役であり、全人代常委会の「決定」は、投機取引の事情が特別嚴重な者は、10年以上の有期懲役、無期懲役、又は死刑に処し、又あわせて財産没収を併科することが出来る、刑法の規定による偽薬の製造、販売罪の最高の法定刑は七年の有期懲役に過ぎない。事実が投機取引罪と偽薬の製造、販売罪の刑罰がかの様に大きな開きがあることは、偽薬の製造、販売の犯罪を打撃するのに、大変不利であることを説明している。これと類似する情況は、その他の法律競合関係の犯罪にも起きている、明かに罪刑相応原則に反するものである。それゆえ私達は法律競合の立法方法を採用に当り、特別法の法定刑は普通法より重くしなければならない、少くとも普通法に等しいことを提言したい、よって本当の罪刑相応の達成を図るのである。

(二) 法律の調和の問題。行為の社会的危険性は、社会生活の変化によって変わるものである、従って縦から觀察すると、罪刑相応は絶え間なく変化、発展する過程である、そのために、法律は常に改正したり、補充したりする必要がある、それによって刑事立法における罪刑の均衡を保つことが出来る。

ここ数年来中国全人代常委会はこの方面について、多くの有益の仕事をして来たが、しかし刑事法を改正する時に、罪刑間の横の適応に配慮が出来なかったため、犯罪間の処罰の不調和の問題が起きている、これも又罪刑相応原則に反することであり、立法者が十分に気を配るべきものであろう。例えば全代表常委会の「決定」が、投機取引罪の最高法定刑を死刑に引き上げた後、国家貨幣偽造罪等の最高法定刑は依然今までのままであるため、この二つの刑罰は明かに均衡を失っている。エンゲルスは曾って：「現代国家における法は、内在の矛盾によって自己の内部の調和と一致を覆えない表現でなければならない」⁽⁷⁾と述べたことがある。刑法において、この内部の調和と一致の重要な指標は罪刑相応の実現である。これは単に個々の具体的犯罪とその相応の法定刑に目を向くだけでなく、しかも各犯罪間の刑罰の調和と統一の問題にも気を配るべきことを指す、従って今後刑法を改正する時は、全般的に考慮をしなければならない。よって今後一つの動作のために全体をいじったり、刑法典原来の内部の調和を破壊したり、社会全体に影響を及ぼさないためにもなるのである。

(三) 区別対応の問題。罪刑相応の前提は犯罪の各状況に対し、区別に対応することであり、区別対応がなければ政策もなく、罪刑相応の原則もないことになる。しかし近年来当局が刑法に補充を行なったり、改正を行なう時に、この問題に十分気をくばれなかった。例えば中国刑法第61条は累犯制度を規定している、この規定によると、有期懲役以上の刑罰の判決を受けた犯罪者は、刑罰の執行完了後、又は免除（原文は赦免）を受けた後、3年以内に、再び有期懲役以上の刑罰を受けるべき犯罪を犯した場合は、累犯であり、重く処罰を受けるべきであることになっている。司法実務から実証されている様に、中国刑法の累犯制度は犯罪と斗争中に、大変良好な効果を發揮していた。しかし1981年6月10日の全人代常委会が「脱走又重ねて犯罪を犯した労働改造犯と労働教養人員^{〔+〕}を処分するに関する決定」を可決した、この「決定」によると、刑罰の執行後に再び犯罪を犯した場合は、厳しく処罰することになっている。ところでこの「決定」は中国刑法上の累犯制度を否定

するばかりでなく、しかも刑期、時間、罪状形式等制限条件を欠けている、これでは罪を犯せば、今まで何の様な刑罰を受けたか、何時に罪を犯したか、又は故意犯であるか、過失犯であるかを一切問わず、すべての再犯者に重い刑罰を加えることを意味するものである。この様に差異を一切考慮しない処罰の原則は、明かに罪刑相応原理に反していると考ええる。曾ってマルクスは：「歴史と理性を問わず、すべてこの事実を証明している、即ちいかなる差異を考慮しない残酷手段は、懲罰をいささかな効果も持たないものにさせる、何故ならば、それが法としての結果の懲罰を減ぼすからだ」と指摘したことがある。⁽⁸⁾ マルクスの論述は罪刑相応原則に対する一番良い説明であり、又私達に深く思考に値することでもある。私達は全人代常委会の「決定」の立法主旨は、主に重ねて罪を犯す者を打撃し、ことに幾度さとしても改めない犯罪者に対処するためだと考える。この立法主旨を非難するところはないが、しかし具体的な立法措置を採る時に、それぞれに個別に対応することが出来なかったことを指摘したい。実事上立法者は再犯制度の設立を通じて、この問題を解決することが出来る筈である。累犯は当然重きに従い処罰すべきであり、累犯の条件に合った者は累犯により、重きに従って処罰する、再犯とは犯罪を犯し判決を受けた後、再び犯罪を犯し者であり、法律の規定により再犯に対し、重く処罰することが出来る、これでもって法律の効果上累犯と区別する、幾度さとしても改めないが累犯の条件に合う犯罪者に打撃を与えられる上に、同時に又罪刑相応の原則を具体的に表現することが出来るのである。

三、罪刑相応と刑事司法

刑事立法の罪刑相応は罪刑相応を実現する前提であるが、罪刑相応を最終的に実現するには、又刑事司法に頼るところがある。何故ならば、刑事立法の任務は特定の法律規範を制定し、ある假説の罪刑関係を設けるのである。この様な状況下において、所謂罪刑相応は大まかであり、且つ概括的なものである、ことに現行刑法が採り入れた相対的法定刑は、ある特定の犯罪に対

し、その犯罪の情状の重さにあわせて、幾つかの量刑の巾を設けている。例えば中国刑法第60条が定めた流氓罪^{〔十一〕}の最低の刑罰は管制刑^{〔十二〕}に過ぎないが、全人代常委会が1983年の「嚴重に社会治安を危害した犯罪分子を嚴罰に関する決定」によると、最高の刑罰は死刑に処することが出来る。立法論から見ると、流氓罪の犯罪情状の程度によって、様々異なった法定刑を規定したことは、具体的に罪刑相應の原則を実現したと言えよう。しかしそれは司法実務の罪刑相應の実現のために法的基础を提供したが、個々の事案の裁判の結果が、すべて罪刑相應に達することを保証することは出来ないのである。何故ならば、犯罪はすべて具体的なものであり、量刑のことも又具体的な情状に基づくしか出来ない、正にマルクスがゆった様に：「法律は普遍的なものであるが、法律によって確的すべき事案は単一である。⁽⁹⁾」従って具体的な犯罪から見ると、ただ事件の情状の総合的考察を通す方法、こそ始めて本当の罪刑相應を実現することが出来るのである。その様な意味で、単に刑事立法の罪刑相應しかなく、刑事司法の罪刑相應がなければ、罪刑相應の原則は結果的に実現することが出来ないのである。中国の司法当局は刑事裁判において、基本的には罪刑相應を果しているが、しかし未だ若干これからさらに検討しなければならない問題が残されている。

(一) 量刑適切の問題。罪刑相應に対する思想的認識は、先ず解決すべき問題である、司法実務において、一部の者は比較的犯罪を決めることを重視し、それを刑事裁判業務の質量検査をする時の重要な基準にしている、しかも罪刑相應に対し、それは刑期の年数に関する問題に過ぎない、重要なことではないと思っている。二審の裁判所が上訴事件を審理する時も、よく事件内容の性質の確定が正しいか否かのことばかりを重視し、量刑に関することは、極端に重すぎる又は軽すぎる場合しか原判決を覆さない。一般的な刑罰の片寄りを正さないで、これも又ある程度下級司法人員に、犯罪を決めることを重視し、量刑を軽視する思想認識の風潮の形成を助長している。私達は犯罪の認定と量刑の問題は、共に刑事判決の二つの重大な基本問題であると認識している。犯罪を正確に認定することは、当然非常に重要なことであ

るが、しかし量刑が罪刑相応原則にかなったか否かの問題も、又同様に重要な意味をもつものであり、二者はいずれも欠けてはならない。刑法は公布してから未だ日が浅い上に、刑法を適應する司法實務も経験が不足のため、犯罪の認定を強調し、かつ重視することは理解出来るが、しかし社会主義のデモクラシーと法律制度の發展、並びに司法實務の経験の累積にともない、量刑の適切化、即ち量刑の精確化問題、も又議論の日程に提起されるべきであろう。量刑の適切化は實際上罪刑相応の問題であり、量刑の適切化と犯罪を的確に認定することを並列し、共に判決業務の質、量検査の基準にするべきである。

(二) 刑罰適用の問題。司法實務において、罪刑相応の達成を図るためには、また正確に刑罰に関する制度を正しく適用しなければならない、私達は応報素因は刑罰に対し、決定的な意味をもつものと考え、従って量刑の時には、刑罰と既に起きた犯罪が社会に対する危害程度の相応を主に配慮しなければならない。この基礎の上に立って、さらに功利的素因を考慮する、例えば犯罪者の再犯可能性、と他人の初犯可能性。中国刑法が定めた累犯、自首等制度は、犯罪者の危険性を根据にしている、これらの刑罰制度を適用する時には、既に起きた犯罪の社会危害性の制約を受けなければならない、さもなければ罪刑の不均衡を招いてしまうことになる、例えば一部の司法機関が一般予防の社会的効果を片面的に追及したため、罪状が十分嚴重な容疑者の自首の刑事事件に対し、その刑事責任をすべて免ぬいたことがある、これは明かに中国刑法の自首に関する規定に背き、又罪刑相応の原則に反するものである。

原 註

- (1) 陶 龍生「論罪刑法定原則」P. 112. 刑法総論論文選輯（上）所収，台北五南圖書出版公司1982年
- (2) 張 明楷「關於類推的幾個問題」，「法學研究」1987年第2期 P. 47.
- (3) 劉 佑生「論依法查處玩忽職守案件」，「中國法學」1988年第一期
- (4) 中華人民共和國法院公報 1986年第3号 P. 8.
- (5) 馬克斯恩格斯選集 第1卷 P. 141.
- (6) 前掲書 第8卷 P. 579.
- (7) 前掲書 第4卷 P. 484.
- (8) 前掲書 第1卷 P. 139～140.
- (9) 前掲書 第1卷 P. 76.

訳者注

- 〔一〕沈家本（1893～1913）は中国清朝の法務大臣，中国法律近代化の指導的地位の人物，ことに刑法の類推を反対し，罪刑法定主義の導入について，先駆的見解を唱えられた。
- 罪刑法定主義の導入について，拙稿「中国刑法における罪刑法定主義」P169。「中華民国旅日学人學術論叢」第一輯（1979年）所収。
- 〔二〕「大清新刑律」は沈家本の主宰下，日本の岡田朝太郎の協力を得て起草され，1910年に公布され，未施行のままの翌年に，辛亥革命が起り，1912年に中華民國が成立，緊急措置として，「大清新刑律」の中に，共和制と抵触する点，死刑と唯一死刑の罪を適宜に減らし，類推を削除し，名称を「中華民國暫行新刑律」と改めた上，暫時的に施行された。1935年1月に中華民國刑法が公布され，同7月に実施，その後日中戦争や国共内戦が続き，戦地や戒厳地域に非常措置が採られた事実がある，著者が指摘していることは，これらの事だと思われる。
- 〔三〕中華人民共和國が中華民國（1912年に成立）と歴史的連続性があるならば，1979年7月1日に公布した刑法は，近代中国の第2部の刑法になるだろう。
- 〔四〕共産体制によれば資本主義による私有財産制は徹底的に排除しなければならないが，しかし国営と集団所有制の企業が十分に供給出来ない商品に関する工商業に限って認められている，例えば小売業，サービス業，修理業，小手工業，飲食業，家屋修繕業，交通運輸等，これらの私営事業を「个体戸」と呼ぶ。
- 〔五〕原文は抗拒改造罪と呼ぶ，即ち思想教育に反抗する罪状のこと。
- 〔六〕白地刑法又は白地刑罰法規のこと。
- 〔七〕全国人民代表大会常務委員会の略称である。
- 〔八〕中国の「同居」と云う言葉は普通一般人の共同生活の意味のほか又男女間の同

棲生活を意味する。

- 〔九〕韓非（B C 295～233）は重い刑罰の使用は一罰百戒（殺一儆百）の効果があり、又重い刑罰を用いることにより刑罰を無くすことを唱えていた。（「重罰者，盜賊也，而倬懼者，良民也」（六反），「重罰者，人之所難犯也，而小過者，人之所易去也。使人去其所易，無難其所難，此治之道，夫小過不生，大罪不至，是人無罪而乱不生也」（内儲説上）。
- 〔十〕「労働改造」は「労改」と略される，労働能力のある懲役受刑者を生産労働と政治思想教育を通じて更生させる制度。「労働教養」は「労教」と略される，18～25才の青年で，正業につかず，ゆすり，たかり等をした者，又は盗み，詐欺等の罪を犯した者を収容し，生産労働と政治教育を通じて更生させる制度。
- 〔十一〕「流氓」はごろつき，無頼，無職の遊民のこと，刑法 160条流氓罪はそれを取締る規定であり，社会秩序の妨害の一つに当る。
- 〔十二〕「管制」，は中国刑法の独特な刑罰制度の一つであり，受刑者は直接収監しないが，公安機関の管束と大衆の監督下で行なう一つの教育改造の刑罰である。